

University of Groningen

Informatieverschaffing bij turboliquidatie

Nethe, M.Y.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Nethe, M. Y. (2019). Informatieverschaffing bij turboliquidatie: meer transparantie graag! *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 150(7252), 672-674. [7252].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Informatieverschaffing bij turboliquidatie: meer transparantie graag!

Inleiding

In het verslag van een algemeen overleg van 4 oktober 2018 valt te lezen dat minister Dekker (voor Rechtsbescherming) een 'verkenning' laat doen om inzicht te krijgen in 'bonafide en malafide snelle liquidaties'. Hij spreekt tijdens dit overleg losjes over 'wat gegevens van de Belastingdienst zodat we daar een wat beter zicht op kunnen krijgen'.¹ De publicatie over de uitkomst van deze verkenning wordt in de loop van dit najaar verwacht. In deze bijdrage ga ik na enige inleidende opmerkingen (nrs. 1 en 2) kort in op de wegen die een schuldeiser kan bewandelen indien hij geen genoegen neemt met het oordeel van het bestuur dat er niets te vereffenen valt. Dit oordeel kan hij ter toetsing voorleggen aan de rechter. De schuldeiser bevindt zich daarbij in een lastige bewijspositie. Komt de rechter hem tegemoet? Zo ja, hoe? (nr. 3). Ik eindig met een aanbeveling voor de wetgever (nr. 4).

1. Terminologie

Het gaat in voormelde verkenning om een onderzoek naar het verschijnsel turboliquidatie. Van turboliquidatie is sprake indien het bestuur de rechtsbetrekkingen van de rechtspersoon in meerdere of mindere mate afwikkelt in het zicht van een besluit tot ontbinding van de rechtspersoon. Deze feitelijke vereffening onder leiding van het bestuur kan snel maar kan ook langdurig plaatsvinden, zodat de kwalificatie 'snelle liquidatie' niet altijd de lading dekt.

De start van de feitelijke vereffening hoeft niet te worden gepubliceerd. Dikwijls raakt de schuldeiser pas op de hoogte van het oninbaar zijn van zijn vordering na raadpleging van het handelsregister. Hij wordt dan onaangenaam verrast met een ontbonden wederpartij die is opgehouden te bestaan op het tijdstip van ontbinding ex art. 2:19 lid 4 BW. Hij wordt geconfronteerd met een ontbinding zonder vereffening, dus met een ontbinding die niet wordt gevolgd door een formele vereffening onder leiding van een formele vereffenaar.

Omdat de vereffeningsbepalingen van Boek 2 BW – zoals de bepalingen over de rekening en verantwoording en over het recht van verzet – niet van toepassing zijn, is er sprake van tijdswinst en minder 'rompslomp'. Vandaar dat het woord 'turbo' wordt gebruikt.²

2. Onderscheid bonafide en malafide turboliquidatie

Het onderscheid tussen bonafide en malafide turboliquidaties is naar mijn mening dikwijls niet eenvoudig te maken, omdat het enkele feit dat er na afloop van een turboliquidatie schuldeisers met oninbare vorderingen achterblijven nog niet hoeft te duiden op kort gezegd verhaalsfrustratie.³ De schuldeiser wenst bijvoorbeeld antwoord te krijgen op de volgende vragen:

- heeft tijdens de ontmanteling van de onderneming een selectieve betaling plaatsgevonden waarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat?; is betaald aan een schuldeiser met een bevoorrechte positie of aan een dwangcrediteur?
- zijn activa verkocht zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat?; heeft de koper van de activa terecht beroep gedaan op verrekoning?

3. Tegemoetkoming bij informatieachterstand

Een schuldeiser die geconfronteerd wordt met turboliquidatie staat niet met lege handen. Hij kan een verzoek indienen tot faillietverklaring van de ontbonden rechtspersoon, mits aan alle vereisten voor faillietverklaring wordt voldaan (optie I). Daarnaast kan hij een verzoek indienen tot opening van de Boek 2 BW-vereffening ex art. 2:19 lid 5 BW (optie II). Ook kan een schuldeiser de bestuurder(s) aansprakelijk stellen (optie III). Echter, vanwege het ontbreken van relevante informatie hebben schuldeisers, die een procedure tot opening van de vereffening in of buiten faillissement wensen dan wel bestuurders aansprake-

1. *Kamerstukken II* 2018/19, 29 911, nr. 210 (Bestrijding georganiseerde criminaliteit, verslag van een algemeen overleg vastgesteld d.d. 6 november 2018).
2. Over turboliquidatie is veel geschreven. Een greep: S. Renssen, 'De turboliquidatie van de Besloten Venootschap', diss. Maastricht, Van der Heijden-serie, deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2015, M.Y. Nethe, 'Turboliquidatie: oorbaar gebruik, abusievelijk gebruik en misbruik' in: *Handboek notarieel ondernemingsrecht B.V. en N.V.*, Van der Heijden-serie, deel 132-I, 2015, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 405-493, M.Y. Nethe, 'Reuring rond turboliquidatie', *Ondernemingsrecht* 2017/6, p. 40-44 en P.H.N. Quist, 'Uitkeren & turboliquideren', *WPNR* 2017/7141, p. 221-231.
3. Het is dan ook onjuist om het woord 'misbruik' of 'malafide' al in de mond te nemen indien na afloop van een feitelijke vereffening blijkt dat er schulden resteren.

lijk willen stellen wegens onzorgvuldige feitelijke vereffening, een lastige bewijspositie. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter onder bepaalde omstandigheden de schuldeiser tegemoetkomt. Door de lat van het ‘baten-vereiste’ – een voorwaarde die zowel geldt bij vereffening in als buiten faillissement – laag te houden, bewerkstelligt de rechter dat een onderzoek plaatsvindt door een vereffenaar/de curator naar de feitelijke vereffening. Soms wordt de schuldeiser met een informatieachterstand beschermd doordat op de bestuurder een verzwaarde motiveringsplicht wordt gelegd of vindt zelfs een omkering van de bewijslast plaats. Ter illustratie hiervan volgen enkele voorbeelden.

Optie I: Faillietverklaring van de ontbonden rechtspersoon

Schuldeisers kunnen recht en belang hebben bij faillietverklaring van een ontbonden rechtspersoon. Het Hof Den Haag gaat in de Bavaho-zaak van 2012 in op het gebrek aan openheid aan de zijde van de ontbonden rechtspersoon en zijn bestuurders. Dit gebrek voedt de behoefte aan een onderzoek door een curator. Het hof merkt hierover het volgende op:

‘6.5. Ten overvloede wordt nog in aanmerking genomen dat het handelsregister weliswaar vermeldt dat op het moment van de ontbinding er geen baten meer waren, doch dat de juistheid van deze opgave niet aannemelijk is geworden, te minder nu Bavaho, althans haar bestuurder, heeft nagelaten om desgevraagd informatie te verstrekken over de financiële toestand van de vennootschap op het moment van de ontbinding. Meer in het bijzonder is niet aannemelijk geworden dat er geen baten meer waren, zoals vorderingen op gelieerde (rechts)personen (...). Deze zaak kenmerkt zich door een gebrek aan openheid aan de zijde van Bavaho, onder meer over het besluit tot ontbinding en over de omvang en samenstelling van de activa en passiva in de aanloop naar en ten tijde van de ontbinding. Appellanten maken daarom terecht bezwaar tegen de “turboliquidatie” van Bavaho. Zij hebben recht en belang bij een faillietverklaring van de vennootschap, waarna de curator een onderzoek instelt naar de aanwezigheid van (eventueel te realiseren) vermogen.’⁴

De Rechtbank Den Haag oordeelt in 2019 dat aan de voorwaarde voor faillietverklaring dat er nog baten moeten zijn, niet al te hoge eisen dienen te worden gesteld. Het kan daarbij gaan om een potentiële bate in de vorm van een (mogelijke) aansprakelijkheid van bestuurders voor het boedeltekort (art. 2:248 BW). Dat de aanwezigheid van een bate snel mag worden aangenomen geldt volgens de rechtbank

‘temeer nu een ontbinding waarvan hier sprake is (een ‘turboliquidatie’) zich vrijwel volledig buiten het zicht van de schuldeisers afspeelt’⁵

Optie II: Alsnog een Boek 2 BW-vereffening

Het Hof Den Haag ‘her’opent⁶ in zijn uitspraak van 17 juli 2018 de vereffening van Ultra Nice BV. Zij heeft wellicht nog vorderingen op haar bestuurders ex art. 2:9 BW. In deze zaak hebben de bestuurders zich op het standpunt gesteld dat zij bij de feitelijke vereffening zorgvuldig te werk zijn gegaan. Dit standpunt vraagt om een gedegen onderbouwing. Het hof wijst erop dat het verweer dat bestuurders volgens de wettelijke spelregels te werk zijn gegaan, niet volstaat omdat zij dit verweer op geen enkele wijze hebben onderbouwd. Juist het ontbreken van uitleg van wat er met activa is gebeurd, overtuigt het Hof ervan dat er een mogelijke bate is:

‘Het hof acht daarbij van belang dat (...) een ontbinding als hier aan de orde zich vrijwel geheel buiten het zicht van de schuldeisers afspeelt. Gelet hierop had het dan ook op de weg van [appellanten] [de bestuurders, MN] gelegen om in het kader van hun verweer inzage te geven in (de aanloop tot) het besluit tot ontbinding en de daaraan voorafgaande feitelijke vereffening, bijvoorbeeld door het overleggen van notulen en financiële stukken met betrekking tot de resultaten van de vennootschap en de omvang en samenstelling van de activa in de aanloop naar en ten tijde van de ontbinding. Dit geldt in dit geval te meer nu (...) uit de door Hericon [schuldeiser, MN] in het geding gebrachte balans per 31 december 2014 blijkt dat Ultra Nice per die datum nog beschikte over een bedrag van € 92.000,- aan materiële vaste activa en over een debiteurenportefeuille van ruim € 1 miljoen. Dit zijn niet alleen substantiële activa, maar duidt ook op een behoorlijke omzet, hetgeen van belang is voor de waarde van de onderneming en haar activiteiten. (...) het verweer van appellanten [moet] op dit punt dan ook als niet onderbouwd worden verworpen. Het bestaan van een potentiële bate is daarmee voldoende aannemelijk gemaakt.’⁷

- Hof Den Haag 6 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7085, *JOR* 2013/217, m.nt. M.Y. Nethe, *RI* 2012/107, *V-N* 2013/6.27 (Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid c.s./Bavaho).
- Rb. Den Haag 22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1590, r.o. 4.5.
- Het verzoek had m.i. moeten worden toegewezen op grond van art. 2:19 lid 5 BW en niet op grond van art. 2:23c BW omdat er nimmer een formele vereffening (hetzij in, hetzij buiten faillissement) is geweest.
- Hof Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1677, *RN* 2018/85 (*Ultra Nice c.s./Hericon*), r.o. 12.

Optie III: Bestuurdersaansprakelijkheid

Uit rechtspraak blijkt dat de rechter een schuldeiser tegemoetkomt door op de (voormalige) bestuurders een verzwaarde motiveringsplicht te leggen (art. 22 Rv).⁸ Indien de rechter aanneemt dat op enig moment de vordering van de schuldeiser nog kon worden geïnd en nadien niet onderbouwde uitgaven zijn gedaan, wordt van de bestuurders verwacht dat zij uitleg geven over de wijze waarop het vermogen van de rechtspersoon is vereffend en hoe daarbij rekening is gehouden met de vordering van de schuldeiser. De bestuurders zijn immers bij uitstek

‘degenen (...) die inzicht hebben in, en toegang hebben tot relevante stukken met betrekking tot de financiële situatie’.⁹

4. Transparantie

Eerder heb ik ervoor gepleit dat het bestuur slechts dan de opgaaf van de ontbinding en het einde van de rechtspersoon kan doen indien en voor zover het bestuur een rekening en verantwoording deponeert bij het handelsregister. Dit stuk moet bestaan uit een door het bestuur opgestelde slotbalans per datum van de ontbinding en een door het bestuur ondertekende toelichting op de slotbalans. De toelichting moet aansluiten op de laatst gedeponeerde jaarrekening omdat het lastig is om een peildatum te geven voor de aanvang van de feitelijke vereffening.

5. Tot slot

Bestuurders die gebruikmaken van turboliquidatie hebben wat uit te leggen aan de schuldeisers. Bestuurders die hiertoe bereid zijn, raad ik aan zorg te dragen voor een slotbalans c.q.

tussentijdse vermogensopstelling die vergezeld gaat met een vrijwillig opgestelde toelichting c.q. bestuursverslag. Helaas kunnen deze stukken nog niet worden gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel want zij accepteert thans uitsluitend een rekening en verantwoording die is opgesteld door een formele vereffenaar. Vandaar mijn wens: wetgever, zorg voor meer transparantie!¹⁰

Mw. mr. M.Y. Nethe*

* Verbonden aan de sectie Handelsrecht en Arbeidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.
(m.y.nethe@rug.nl)

8. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9223 (informatie uit de administratie van de eenmanszaak) en Hof Arnhem 8 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW5216, *JOR* 2013/216, m.nt. M.Y. Nethe onder *JOR* 2013/217 (*Ongo*), r.o. 4.5 en 4.6.
9. Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013, *JOR* 2018/236, m.nt. C.H.C. Overes, *RO* 2018/50, r.o. 3.11 (de Wenk verwijst naar meer rechtspraak waarbij een bestuurder wordt opgedragen uit te leggen waarom de rechtspersoon niet aan zijn verplichting kon voldoen). Het citaat wordt herhaald in het arrest van het Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:442, r.o. 9 ter rechtvaardiging van een omkering van de bewijslast. Die rust op Youtoo Management, nu zij de volledige directe zeggenschap over de ontbonden vennootschap (Y Communications) uitoefende. HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet).
10. Zie voor mijn aanbevelingen ‘De rechtspositie van schuldeisers in Titel 1 van Boek 2 BW’, in: *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), 2000, p. 333-335 en *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, 2013, p. 180-181. Deze aanbevelingen lijken A-G Timmerman ‘waardevol’ (ECLI:NL:PHR:2015:2336, onder 3.37). Zie voorts mijn in noot 2 genoemde bijdrage, p. 414-415 en die van Quist, p. 230.